

ZK 15 153, publiziert Oktober 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 25. Juni 2015

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Bähler und Oberrichterin Apolloni Meier
Gerichtsschreiberin Lauber

Verfahrensbeteiligte

X.,
vertreten durch Rechtsanwalt Y.
Klägerin/Widerbeklagte/Berufungsklägerin

gegen

U.,
V.
beide vertreten durch Fürsprecherin W.
Beklagte/Widerkläger/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Ausnahme von der Notwendigkeit einer Schlichtung (Art. 198 Bst. h ZPO)

Regeste:

- Art. 198 Bst. h ZPO
- *Für das Einklagen einer Forderung, welche dem Pfandrecht zugrunde liegt, bedarf es keiner vorgängigen Schlichtung, soweit die Forderung gemeinsam mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend gemacht wird und sich gegen dieselbe Partei richtet. In diesem Fall ist die Forderungsklage von der Ausnahme von Art. 198 Bst. h ZPO mitumfasst.*

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV. Nichteintreten auf die Forderungsklage mangels Durchführung eines Schlichtungsverfahrens

A. Vorbemerkungen

1. Die Klägerin hat mit ihrer Klage einerseits die definitive Eintragung des im Grundbuch vorläufig vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Beklagten für eine Pfandsomme von CHF 50'616.00 verlangt und andererseits die Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung der Werklohnforderung in derselben Höhe beantragt. Es ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und die Zusprechung der pfandgesicherten Forderung in einer einzigen Klage beantragt werden können (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568, 134 III 16 E. 2.1 S. 19, 95 II 31 E. 1 S. 33; RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 2008, N. 1477 S. 543; RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht - Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 711 S. 219). Fraglich ist, ob die Durchführung des Schlichtungsverfahrens Eintretensvoraussetzung für die Forderungsklage ist, wenn mit dieser gleichzeitig das Verfahren um Eintragung eines Pfandrechts für die Pfandsomme in derselben Höhe und gegen dieselbe Partei prosequiert wird. Nach Art. 198 Bst. h ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren, wenn das Gericht Frist für eine Klage angesetzt hat, wie dies im Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts der Fall ist (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Zu prüfen ist, ob die Ausnahme von Art. 198 Bst. h ZPO auch die mit der Eintragung verbundene Forderungsklage umfasst.

B. Rechtsprechung und Lehre

2. Ob bei der Kumulierung einer Klage auf definitiven Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Forderungsklage - gegen dieselbe Partei in derselben Höhe wie die Pfandsomme - das Schlichtungsverfahren für die Leistungsklage entfällt, wurde bislang (soweit ersichtlich) noch nicht höchstrichterlich entschieden. In zwei Entscheiden hat sich das **Bundesgericht** aber mit verwandten Fragen beschäftigt:

In BGE 138 III 558 hat das Bundesgericht trotz des grundsätzlich abschliessenden Katalogs von Art. 198 ZPO (Ausnahmen von der Notwendigkeit eines Schlichtungsverfahrens) erkannt, dass auch Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenpflegeversicherung nach Art. 7 ZPO vom Schlichtungsobligatorium ausgenommen sind, obschon diese nicht in Art. 198 ZPO aufgeführt sind. Es schloss auf ein Versehen des Gesetzgebers und argumentierte, es handle sich hier wie bei den Streitigkeiten nach Art. 5 und 6 ZPO um eine Spezialmaterie, die besonderes Fachwissen erfordere, so dass sich eine unterschiedliche Behandlung von Art. 5, 6 und 7 ZPO nicht rechtfertige. Überdies widerspreche ein vorgängiges Schlichtungsverfahren für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen vor einer einzigen kantonalen Instanz dem Willen des Gesetzgebers, die Verfahren für Zusatzversicherung und die Verfahren für die Grundversicherung zu koordinieren (E. 4.5).

Hinzuweisen ist an dieser Stelle weiter auf den Entscheid des Bundesgerichts (BGer) 4A_413/2012 vom 14. Januar 2013. Dieser betraf die Frage, ob eine gleichzeitig mit einer Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) - welche vom Schlichtungsverfahren ausgenommen ist (Art. 198 Bst. e Ziff. 1 ZPO) - eingereichte Forderungsklage erhoben werden kann, wenn für diese kein Schlichtungsverfahren durchlaufen wurde. Das Bundesgericht bekräftigte in den Erwägungen 5 und 6 des Entscheides, die Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Schlichtung seien in Art. 198 ZPO abschliessend aufgezählt.

Die Klagenhäufung gehöre nicht dazu. Erfordere nur eines von zwei Klagebegehren ein Schlichtungsverfahren und gäbe sich deshalb der Verfahrensweg, könnten später die Wirkungen der Häufung wieder hergestellt werden, nämlich durch die Sistierung der nicht dem Schlichtungsverfahren unterliegenden Klage für die Dauer des Schlichtungsverfahrens und die spätere Vereinigung beider ordentlichen Verfahren.

3. Die Praxis der **Kantone** hinsichtlich der Notwendigkeit einer vorgängigen Schlichtung bei der Verbindung von Klage auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts und der diese Sicherung begründenden Forderung ist uneinheitlich:

Die Cour d'appel civile des Kantons Waadt hat im Entscheid vom 27. März 2013 (JdT 2013 III p. 99, mit Kurzkomentar von JEAN-LUC COLOMBINI) befunden, eine Schlichtungsverhandlung für die Forderungsklage werde nicht vorausgesetzt, wenn die Forderung zusammen mit der Klage auf definitiven Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts eingereicht werde, sie sich gegen dieselbe beklagte Partei richte und denselben Betrag beschlage. Die Ausnahme vom Schlichtungsverfahren rechtfertige sich hier, nachdem das Gericht die Berechtigung der Forderung für die Beurteilung der Klage auf definitive Eintragung vorfrageweise behandeln müsse. Es bestehe in diesem Fall auch keine Gefahr eines Versuches, die Schlichtung mittels Klagenhäufung zu umgehen. Das Gebot der raschen Behandlung müsse Vorrang haben (E. 3b).

COLOMBINI stimmte in seinem Kurzkomentar dieser Auffassung zu. Er geht zwar davon aus, dass das Bundesgericht im Entscheid 4A_413/2012 eine andere Auffassung vertritt, findet die dadurch notwendigen prozessualen Vorkehren - ein Schlichtungsversuch, zwei Klagen, Sistierung der einen Klage, Vereinigung der beiden Klagen - aber (zu) kompliziert. Er fragt rhetorisch: «Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué?»

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in seinem Entscheid vom 13. August 2012 (LB120028) sowie im Entscheid vom 17. September 2014 (LB130063; in ZR 113/2014 S. 271 ff.), auf welchen die Vorinstanz massgeblich verweist, zum Vorgehen bei einer objektiven Klagenhäufung Stellung genommen. Das Gericht kam entgegen der waadtländischen Cour d'appel zum Schluss, es bestehe kein sachlicher Grund, auf das gesetzlich vorgeschriebene Schlichtungsverfahren zu verzichten. Die Schlichtungsbehörde könne für die Leistungsklage schon vor der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angerufen werden, und die Frist zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens von drei Monaten habe genügend Zeit gelassen, um das Schlichtungsverfahren durchzuführen. Da das Massnahmeverfahren auch schriftlich durchgeführt werden könne, ergebe sich nicht in jedem Fall die Gelegenheit, in diesem vorgelagerten Verfahren einen Schlichtungsversuch zu unternehmen.

Mit Entscheid 5A_812/2014 vom 21. Oktober 2014 trat das Bundesgericht auf eine Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts Zürich LB1300063 vom 17. September 2014 nicht ein. Zur Notwendigkeit des Schlichtungsversuchs bei Verbindung der Forderungsklage mit einer Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts äusserte sich das Bundesgericht nicht.

Das Obergericht des Kantons Bern hat die vorliegend umstrittene Frage bislang noch nicht entschieden. Im Entscheid ZK 11 206 vom 7. Juli 2011, Erwägung IV/11, wurde festgehalten, dass eine Unterhaltsklage - als solche dem Schlichtungsverfahren unterworfen - kein Schlichtungsverfahren voraussetzt, wenn sie mit einer - vom Schlichtungsbefehl ausgenommenen (Art. 198 Bst. b ZPO) - Vaterschaftsklage verbunden wird

(abrufbar im Internet unter: www.justice.be.ch > Rechtsprechung > Entscheide > Zivilabteilung Obergericht; vgl. auch den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen FO.2012.39 vom 17. Januar 2013; gl. M.: URS EGLI, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N. 7 zu Art. 198 ZPO; CHRISTINE MÖHLER, in: Orell Füssli Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 7 zu Art. 198 ZPO; FRANÇOIS BOHNET, in: BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, N. 8 zu Art. 198 ZPO, welcher den Verzicht auf das Schlichtungsverfahren mit der Akzessorietät der Unterhaltsklage zur Vaterschaftsklage begründet; THOMAS SUTTER-SOMM, Das Schlichtungsverfahren der ZPO, in: SZPZ 1/2012, S. 75 sowie die Bemerkung von KARL SPÜHLER, in: CAN 2/2015 Nr. 35; a.M. JÖRG HONEGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N. 5b zu Art. 198 ZPO).

4. Auch in der **Lehre** werden hinsichtlich der Notwendigkeit eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens für die Forderungsklage bei Verbindung mit einem Antrag auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts unterschiedliche Meinungen vertreten:

LEUENBERGER vertritt die Auffassung, dass für die Leistungsklage neben der Klage auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts sinnvollerweise auch auf eine Schlichtungsverhandlung zu verzichten sei (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 4b zu Art. 220 ZPO). PAHUD äussert sich dahingehend, dass die Verbindung eines Klageanspruchs, welcher ohne Schlichtungsverfahren rechtshängig zu machen ist, mit einem dem Schlichtungsverfahren unterstehenden Anspruch grundsätzlich nur zulässig sei, wenn für den zweiten Anspruch eine Klagebewilligung eingeholt werde. Eine Ausnahme dürfte sich gemäss diesem Autor aber aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigen, wenn der zusätzliche Anspruch auch im Rahmen einer (späteren) Klageänderung nach Art. 227 ZPO geltend gemacht werden könnte (ERIC PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 14 zu Art. 220 ZPO; vgl. gleichermassen zur damaligen ZPO/ZH, FRANK/STRÄULI/MESSMER/WIGET/WIGET, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 1997, N. 8 zu § 58). Nach MARKUS ist eine objektive Klagenhäufung möglich, wenn die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nur für eine der beiden Klagen vorausgesetzt ist, er verlangt aber für diese eine Schlichtung (ALEXANDER R. MARKUS, in: Berner Kommentar-ZPO, a.a.O., 2012, N. 13 zu Art. 90 ZPO).

BOHNET vertritt die Auffassung, dass im Falle der Kumulation einer Leistungsklage mit einer Klage auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts für *beide* Klagen ein Schlichtungsverfahren durchlaufen werden muss. Er begründet seine Haltung damit, dass andernfalls der Kläger in Versuchung geraten könnte, die Klagen allein deshalb zu kumulieren, um einem Schlichtungsverfahren zu entgehen (FRANÇOIS BOHNET, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse /III.-IV., in: Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs Fond et procédure, 2012, S. 88 f. N. 121). DOLGE/INFANGER führen an, für die von der Praxis teilweise vertretene Meinung, wonach bei der objektiven Klagenhäufung, wenn nur eine Klage dem Schlichtungsobligatorium unterliege, keine Klage vermittelt werden müsse, finde sich weder im Gesetz noch in den Materialien eine Stütze. Richtigerweise müsse die dem Schlichtungsobligatorium unterliegende Klage vermittelt werden, während die zweite Klage auf Antrag hin sistiert werde, weil die Vereinigung der Klagen durchaus zu einer

Vereinfachung des Prozesses führe. Sobald die erste Klage mit der Klagebewilligung prosequiert worden sei, könne der angerufene Richter diese Klage überweisen oder vereinigen (DOLGE/INFANGER, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, 2012, § 13/2.1, S. 94 f.).

C. Würdigung der Kammer

5. Der Gesetzgeber hat der Notwendigkeit einer vorgängigen Schlichtung dadurch Gewicht verliehen, dass er in Art. 198 ZPO nur wenige, grundsätzlich abschliessend aufgezählte Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren vorgesehen hat. Gewisse Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Schlichtung sind aber vorgesehen, insbesondere die vom Ständerat nachträglich im Rahmen der parlamentarischen Beratung eingeführte Ausnahme nach Ansetzung einer gerichtlichen Klagefrist (Art. 198 Bst. h ZPO). Klassisches Anwendungsbeispiel dieser Bestimmung ist die Prosekution vorsorglicher Massnahmen. Auch Art. 961 Abs. 3 ZGB (Fristansetzung zur Klage auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts) stellt eine gerichtlich angesetzte Klagefrist im Sinne von Art. 198 Bst. h ZPO dar. Der Gesetzgeber setzte mit diesem Ausnahmetatbestand die Priorität auf die Beschleunigung der Anspruchsbearbeitung: Wenn das Gericht mit der Streitsache bereits beschäftigt ist, die Streitsache aber noch nicht rechtshängig ist, soll das Verfahren mit direkter Klageeinleitung bei Gericht beschleunigt werden. Durch die Notwendigkeit einer Schlichtung würde sich eine verzögernde Schlaufe hinsichtlich des Verfahrensablaufes ergeben (JAMES T. PETER, in: Berner Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 15 zu Art. 198 ZPO; Antrag Inderkum für die Kommission, AB 2007 S 519). In den Fällen von Art. 198 Bst. h ZPO ersetzt das summarische Verfahren das Schlichtungsverfahren, unabhängig davon, ob das Gericht im summarischen Verfahren einen Einigungsversuch unternommen hat oder nicht (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht - Ergänzungsband, a.a.O., N. 696 S. 217).
6. Eine weitere Ausnahme von der Notwendigkeit einer Schlichtung findet sich implizit in Art. 227 ZPO. Soweit die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind (gleiche Verfahrensart; sachlicher Zusammenhang resp. Zustimmung der Gegenpartei), entfällt das Schlichtungserfordernis für die geänderte Klage (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 25 zu Art. 227 ZPO; KILLIAS, in: Berner Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 24 zu Art. 227 ZPO; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 1420 S. 613). Diese Ausnahme wird damit begründet, dass die Klageänderung der Förderung eines ökonomisch ausgestalteten Prozesses dient und aufgrund der Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen der Klagebewilligung für den neuen Anspruch eine erhebliche Verzögerung einherginge (SEILER, a.a.O., N. 1420 S. 613). An dieser Stelle ist auch der Vergleich zur Widerklage (Art. 224 ZPO) zu ziehen, welche vom Gesetzgeber im Sinne der Prozessökonomie und einheitlicher Beurteilung des Rechtsstreits in grosszügiger Weise zugelassen wird, ohne dass ein Schlichtungsverfahren nötig wäre (Art. 198 Bst. g ZPO).
7. Der Gesetzgeber berücksichtigt somit einerseits das Bedürfnis nach einer möglichst durchgehenden vorgängigen Schlichtung und andererseits dasjenige nach einem ökonomischen Prozess, und wägt sie gegeneinander ab. Diese beiden Interessen sind auch bei der Auslegung in Bezug auf die hier interessierende Frage im Auge zu behalten.
8. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass vorliegend durchaus Argumente auszumachen sind, welche für die Notwendigkeit einer vorgängigen Schlichtung der mit der Prosequie-

rungsklage des Bauhandwerkerpfandrechts verbundenen Forderungsklage sprechen. Nach dem Entwurf für die Schweizerische Zivilprozessordnung gilt das Prinzip «Zuerst schlichten, dann richten» (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7328 Ziff. 5.13). Die Parteien haben grundsätzlich eine formalisierte Verhandlungsrunde zu durchlaufen, bevor sie das Gericht in Anspruch nehmen können. Dadurch sollen die Gerichte entlastet und den Parteien soll eine kostengünstige Streitbeilegung ermöglicht werden (Botschaft, BBl 2006 7242). Eine Schlichtung hat demnach möglichst immer stattzufinden (Art. 197 ZPO) und Umgehungsversuche sind zu verhindern. Fest steht auch, dass die objektive Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) im Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO nicht aufgeführt wird. Soweit das Verfahren um vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts schriftlich abläuft, wird über die Forderung in diesem Verfahren keine Einigungsverhandlung durchgeführt, weshalb eine Schlichtungsverhandlung auch aus diesem Grund nicht entbehrlich sein kann (vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen des Obergerichts Zürich LB130063 vom 17. September 2014, E. IV/3 hiavor).

9. Vorliegend gilt es aber auch die besondere Natur des Bauhandwerkerpfandrechts und den diesbezüglichen Verfahrensablauf betreffend die Eintragung des Pfandrechts zu berücksichtigen. Das Bauhandwerkerpfandrecht nach Art. 839 ff. ZGB sichert als gesetzliches Grundpfandrecht die vertraglichen Forderungen der Handwerker und Unternehmer, welche Leistungen zu einem konkreten Bauobjekt erbracht haben. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf das Pfandrecht nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Zwischen dem Bauhandwerkerpfandrecht mit Einschluss der Pfandsumme und der Vergütungsforderung für die Bauarbeiten besteht eine Akzessorietät (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 580 S. 198 sowie N. 1510 S. 555). Die Vergütungsforderung für die Bauarbeiten ist die Bestimmungsgrösse für den Sicherungsumfang des Pfandrechts. Über den Bestand der Forderung zur Bemessung der Pfandsumme wird deshalb bereits im Verfahren um Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vorfrageweise entschieden (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 1630 S. 599). In diesem Verfahren können sämtliche Einreden und Einwendungen gegen den Bestand und die Höhe der Vergütungsforderung geltend gemacht werden (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 548 und 550 S. 188 f. sowie N. 583 S. 199). Der Grundeigentümer hat in einem späteren Forderungsprozess zwar nochmals die Möglichkeit, den Bestand und die Höhe der pfandgesicherten Forderung rechtlich überprüfen zu lassen, doch hat er das berechtigte Interesse daran, dass seine allfälligen Einreden und Einwendungen gegen den Bestand bzw. die Höhe der geltend gemachten Vergütungsforderung bereits im Prozess betreffend definitiven Eintrag des Pfandrechts beurteilt werden. Dafür spricht auch die Verfahrensökonomie. Dem Prozess um definitive Eintragung des Pfandrechts kommt deshalb hinsichtlich dem Bestand und der Höhe der Vergütungsforderung erhebliche faktische Wirkung zu (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 1510 S. 555 f. sowie N. 1631 S. 600; vgl. auch *derselbe*, N. 1477 S. 543 sowie N. 1630 S. 600, wonach es im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts regelmässig nützlich ist, wenn im gleichen Prozess nicht nur über den Anspruch des Unternehmers auf definitiven Grundbucheintrag des Baupfandrechts entschieden wird, sondern gleichzeitig auch über seine Vergütungsforderung, die ja Grundlage des Pfandrechts bildet).

10. Angesichts der Tatsache, dass im Rahmen des Eintragungsverfahrens vorfrageweise über den Bestand und die Höhe der Forderung entschieden wird, d.h. die Forderung selber - zufolge der Konnexität der Pfandsumme und der Vergütungssumme - im Eintragungsprozess Prozessthema bildet, ist zu schliessen, dass auch die Forderungsklage, soweit sie sich gegen dieselbe Partei richtet, implizit im Ausnahmetatbestand des Schlichtungsobligatoriums von Art. 198 Bst. h ZPO enthalten ist (vgl. sinngemäss auch den Entscheid des Obergerichts Bern ZK 11 206 betreffend die objektive Klagenhäufung einer Unterhaltsklage und einer Vaterschaftsklage; E. IV/3 hiervor). Die Beurteilung der Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere der Pfandsumme, sowie der Vergütungsforderung gehören hier sachlogisch zusammen und lassen sich nicht ohne weiteres inhaltlich trennen. Eine ganzheitliche Betrachtungsweise des Rechtsstreits der Parteien ist deshalb angezeigt und die Verfahren sind aus prozessökonomischen Gründen parallel zu führen. Von der Eintragung des Pfandrechts infolge Bestandes der Forderung zum Zuspruch der Forderung ist es kein grosser Schritt mehr. Es erschiene sinnwidrig und würde dem Grundsatz der raschen und einheitlichen Behandlung der Streitsache widersprechen, wenn über dieselbe Frage (Bestand und Höhe der Forderung) zwei voneinander unabhängige Verfahren geführt würden. Es wäre unökonomisch, die Forderungsklage ins Stadium der Schlichtung zurück zu schicken, wenn dieser Anspruch im Verfahren um definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts vorfrageweise geprüft wird und dort darüber auch Vergleichsverhandlungen geführt werden können. Da im Eintragungsverfahren über den Bestand der Forderung vorfrageweise entschieden wird, ist die vorliegende Situation nicht mit dem Entscheid des Bundesgerichts 4A_413/2012 vergleichbar. Eine Aberkennungsklage und eine Forderungsklage sind im Gegensatz zu den hier geltend gemachten Ansprüchen nicht derart eng verbunden, dass sich eine gemeinsame Behandlung aufdrängen würde. Auch besteht im vorliegenden Fall nicht die vom Bundesgericht unter Verweis auf BOHNET geäusserte Gefahr, dass die Klägerin in Versuchung geraten könnte, die Ansprüche allein deshalb zu kumulieren, um das Schlichtungsverfahren zu umgehen (vgl. E. 6.1 des Bundesgerichtsurteils; BOHNET, in: BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, a.a.O., N. 20 zu Art. 198 ZPO).
11. Eine getrennte Behandlung der beiden Ansprüche trotz Konnexität widerspräche zudem der Vorzugsstellung, welche der Gesetzgeber den Handwerkern und Unternehmern des Baugewerbes durch das Bauhandwerkerpfandrecht eingeräumt hat (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O., N. 130 ff. S. 45 ff.). Zwei separate Verfahren in derselben Sache und gegen dieselbe Partei sind offenkundig nicht im wohlverstandenen Interesse des Handwerkers resp. des Unternehmers und würden die Durchsetzung des Pfandrechts sowie der von diesem gesicherten Werkvertragsforderung unnötig komplizieren und verteuern. Der Handwerker/Unternehmer müsste in derselben Sache zuerst ein Schlichtungsverfahren (i.S. Forderung) und ein Klageverfahren (i.S. Pfandrecht) einleiten, die Sistierung des Eintragungsverfahrens beantragen und schliesslich eine zweite Klage einreichen. Sowohl im Eintragungs- als auch im Forderungsverfahren wäre einlässlich zum Bestand und der Höhe der Forderung Stellung zu beziehen. Gegebenenfalls müssten in beiden Verfahren parallel Vergleichsverhandlungen geführt werden. Eine solche Verfahrenskumulation führte nicht nur für den Handwerker/Unternehmer, sondern auch für den Eigentümer, zu unverständlicher Weitläufigkeit. Das Vorgehen birgt zudem die Gefahr widersprüchlicher Entscheide in sich, und erschwert die gesamthafte

Erledigung einer miteinander zusammenhängenden Streitsache. Solches ist mit der dienenden Funktion des Prozessrechts nicht vereinbar.

Die Möglichkeit, die Verfahren später zu vereinigen, vermag die Nachteile der Doppelspurigkeit nicht zu neutralisieren, sondern nur ihre schädlichsten Auswirkungen zu verhindern. Es trifft zwar zu, dass die klagende Partei bereits vor der provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts resp. gleichzeitig ein Schlichtungsgesuch einreichen kann, so dass bestenfalls zum Zeitpunkt der Anhebung der Klage auf definitive Eintragung die entsprechende Klagebewilligung für die Leistungsklage vorliegt, indes kann eine solche Vorgehensweise vom Kläger nicht mit der nötigen Sicherheit geplant werden. Zudem würde die vom Gesetzgeber vorgesehene beschleunigte Behandlung der fristgebundenen Klage auf Eintragung auf jeden Fall behindert, ohne dass im Gegenzug ein Gewinn zu erkennen wäre. Das Ziel des Gesetzgebers, dank der Schlichtung die Gerichte zu entlasten und den Parteien eine kostengünstige Streitbeilegung zu ermöglichen (vgl. E. IV/8 hiavor), kann bei der hier diskutierten Konstellation zum Vornherein nicht erreicht werden.

12. Schliesslich spricht auch die Tatsache, dass vorliegend eine nachträgliche Ausdehnung des Eintragungsbegehrens auf die Forderung im Sinne einer Klageänderung (Art. 227 ZPO) zulässig wäre, gegen ein Schlichtungsbobligatorium für die Forderungsklage. Würde die Forderung erst nachträglich im Rahmen einer Klageänderung geltend gemacht, bedürfte es hierfür keiner Schlichtung (vgl. E. IV/6 hiavor). Art. 227 Abs. 1 Bst. a ZPO schreibt hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Klageänderung vor, dass der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sein und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang stehen muss. Sowohl die Forderungsklage als auch die Klage um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind im ordentlichen Verfahren zu behandeln. Ebenfalls ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Ansprüchen gegeben, beruhen doch beide Klagen weitgehend auf demselben Tatsachenfundament, und es stellen sich betreffend den Bestand der Forderung auch dieselben Rechtsfragen. Die Voraussetzung der vorgängigen Rechtshängigkeit der ursprünglichen Klage ist bei gleichzeitiger Einreichung der Klagebegehren - wie hier - an sich nicht erfüllt. Hätte der Unternehmer jedoch, statt die vorläufige Eintragung zu verlangen, für das Pfandrecht zunächst ein Schlichtungsverfahren durchgeführt, wäre er zur Klageänderung unzweifelhaft berechtigt, da das Schlichtungsgesuch anders als das Gesuch um vorläufige Eintragung die Rechtshängigkeit der Klage begründet. Das Gesetz lässt es somit zu, dass aus prozessökonomischen Gründen sämtliche Ansprüche, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, in einer Klage zusammengefasst werden, selbst wenn nur einer dieser Ansprüche das Schlichtungsverfahren durchlaufen hat. Nachdem das Summarverfahren, wie bereits erwähnt, den Schlichtungsversuch ersetzt (Art. 198 Bst. h ZPO), liegen keine sachlichen Gründe vor, die beiden Konstellationen unterschiedlich zu behandeln. Auch der Wortlaut von Art. 227 ZPO steht der gleichzeitigen Geltendmachung beider Klagen nicht eindeutig entgegen. Das Erfordernis der Rechtshängigkeit folgt rechtslogisch aus dem Begriff der „Änderung“, da nur geändert werden kann, was bereits vorhanden ist. Unzweifelhaft wäre es somit zulässig, das Leistungsbegehren einen Tag nach dem Eintragungsbegehren nachzuschieben, womit keine Schlichtung erforderlich wäre. Dieser Zeitpunkt lässt sich nun beliebig zurückverschieben bis auf eine logische Sekunde nach Rechtshängigkeit der Eintragungsklage. Es leuchtet ein, dass es nicht darauf ankommen kann, ob die

geänderte Klage gleichzeitig mit der Vorklage oder aber eine logische Sekunde später anhängig gemacht wird. Da die Vorklage (Eintragungsklage) aber jedenfalls im Zeitpunkt der Prüfung der Zulässigkeit der Klageänderung rechtshängig ist, ist letztlich das Erfordernis der Rechtshängigkeit erfüllt. Die Auslegung von Art. 227 ZPO ergibt somit, dass es nicht darauf ankommt, *wann* die Vorklage rechtshängig war, sondern *dass* eine Vorklage rechtshängig ist, die als Anknüpfungspunkt für die Klageänderung dienen kann. Eine andere Betrachtungsweise würde absurde Ergebnisse liefern und damit dem Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 9, 29 Abs. 1 BV und Art. 52 ZPO, vgl. dazu BGE 132 I 249 E. 5) zuwiderlaufen. In Anbetracht dessen rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung. Gleichermassen wie bei einer Klageänderung ist auch bei einer gleichzeitig mit dem Antrag auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts eingereichten Forderungsklage auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten (vgl. ebenso PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 14 zu Art. 220 ZPO).

D. Fazit

13. Nach dem Gesagten bedarf es für das Einklagen der Forderung, welche dem Pfandrecht zugrunde liegt, keiner vorgängigen Schlichtung, soweit sie gemeinsam mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend gemacht wird und sich gegen dieselbe Partei richtet (Art. 198 Bst. h ZPO). Das Regionalgericht Oberland ist somit auch für die Beurteilung der von der Klägerin gestellten Forderungsklage über einen Betrag von CHF 50'616.00 (Rechtsbegehren Ziff. 2 der Klage) zuständig. Eine objektive Klagenhäufung ist zulässig (gleiche sachliche Zuständigkeit; gleiche Verfahrensart [Art. 90 Bst. a und b ZPO]).

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.